Anstiftung zum Beamtendelikt mit besonderer Rücksicht auf die Beamtenbestechung.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde der Juristischen Fakultät
der Universität Breslau vorgelegt

von

Conrad Knobloch
Referendar am Königlichen Amtsgericht in Nimptsch i. Schl.

Breslau 1912.
Druck von Otto Gutsmann, Breslau I, Schubrücke 32.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät
der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Gretener.
Korreferent: Professor Dr. Fischer.

Meinen lieben Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548201_0141

Inhaltsverzeichnis.

I. Abschnitt.

Seite

§ 1. Die Amtsverbrechen im allgemeinen 1
§ 2. Die Amtsverbrechen als Sonderverbrechen 3
§ 3. Der Einfluß der persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse auf die Teilnahme am Sonderdelikt . . . 7
§ 4. Teilnahme, insbesondere Anstiftung zum Sonderverbrechen 10

II. Abschnitt.

§ 5. Anstiftung und Bestechung 12
§ 6. Die Untersuchung gegenüber dem § 332 17
§ 7. Die Untersuchung gegenüber den uneigentlichen Amtsdelikten 20
§ 8. Die Untersuchung gegenüber den eigentlichen Amtsdelikten 25
§ 9. Idealkonkurrenz zwischen Anstiftung und Bestechung . 27
§ 10. Das Verhältnis des § 333 zu § 49a 29

Literatur-Verzeichnis.

I. Kommentare.

Frank: Das StGB. für das Deutsche Reich. 1908.

v. Olshausen: Kommentar zum StGB. Bd. I, 1909. Bd. II, 1910.

Oppenhoff: Das StGB. für das Deutsche Reich. 1896.

Rüdorff-Stenglein: Das StGB. für das Deutsche Reich. 1892.

Rubo: Kommentar über das StGB. für das Deutsche Reich. 1879.

v. Schwarze: Kommentar zum StGB. für das Deutsche Reich. 1884.

II. Lehr- und Handbücher.

Berner: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1881, 1886.

Binding: Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Bd. I, 1902; Bd. II, Teil I, 1904; Teil II, 1905.

Binding: Handbuch des Strafrechts. 1885.

Feuerbach: Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts. 1801.

Finger: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Teil I, 1904.

Geyer: Grundriß zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht.

Goltdammer: Die Materialien zum preußischen StGB. Teil II, 1852.

Hälschner: Das gemeine deutsche Strafrecht. Teil I, 1881; Teil II_1, 1884; Teil II_2, 1887.

Hecker: Lehrbuch des deutschen Militärstrafrechts. 1887.

Köstlin: System des deutschen Strafrechts. I, 1855.

v. Liszt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1903.

Merkel, A.: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1889.

Merkel, A.: in v. Holtzendorff, Ergänzungen zum deutschen Strafrecht. Bd. IV, 1877.

Meyer-Allfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1907.

Meyer: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1882.

Schütze: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1874.

III. Monographien, Dissertationen, Aufsätze.

Alcalay: Aktive und passive Bestechung. Diss. Tübingen, 1889.

Bauer: Abhandlungen aus dem Strafrecht und Strafprozeß. 1840.

Bierling, R.: Juristische Prinzipienlehre III. 1905.

Binding: Das Amtsverbrechen und seine legislatorische Behandlung. G.-S. 64 S. 1ff. 1904.

Birkmeyer: Bestechung, vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Bd. 9, 1906.

Birkmeyer: Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts. 1890.

Borchert: Über die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handlungen Dritter. 1888.

Brauer: Die Anstiftung zu Dienstverbrechen. G.-S. 1856$_2$ S. 34ff.

v. Buri: Einheit und Mehrheit der Verbrechen. 1879.

Büll: Der Einfluß persönlicher Eigenschaften und Verhältnisse auf Täterschaft und Teilnahme. Rostock, Diss. 1903.

Glaser, J.: Gesammelte kleine Schriften über Strafrecht, Zivil- und Strafprozeß. 1868.

Haeger: Stellung des § 49a im System des RStGB. Berlin, Diss. 1903.

Kleinfeller: Amtsrechte, Amts- und Dienstpflichten. Vergleichende Darstellung des Deutschen und ausländischen Strafrechts. Bd. I. Allgem. Teil. 1908.

Kleinschrod: Systematische Entwickelung etc. 1794/1796.

Köhler: Grenzlinien zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz. 1900.

Luden: Über den Tatbestand des Verbrechens nach gemeinem deutschen Rechte. 1840.

Luden: Abhandlungen aus dem gemeinen deutschen Strafrecht. Göttingen 1836—40.

Merkel, P.: Konkurrenz, vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Bd. 5, 1908.

Meves: Die Amtsverbrechen, in Holtzendorffs Enzyklopädie III S. 946.

Meves: Das Wesen der Amtsdelikte und ihre Einteilung. G.-S. 39.

Nagler, J.: Die Teilnahme am Sonderverbrechen. 1903.

Oppenheim: Die Rechtsbeugungsverbrechen. 1886.

Redslob: Die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse, welche die Strafbarkeit erhöhen oder vermindern, in strafrechtlichen Abhandlungen. Heft 97, 1909.

Reiffel: Über § 49a des RStGB. und sein Verhältnis zu § 333 ibidem. G.-S. 42 S. 196. 1889.

Reiffel: Über Idealkonkurrenz § 73 StGB. G.-S. 39.

Schönfeld: Die Teilnahme von Zivil- und Militärpersonen an gemeinen und militärischen Delikten in strafrechtlicher und prozessualer Beziehung. Breslau, Diss. 1911.

Teichmüller: Die Bestechung. Diss. Göttingen, 1887.

Uhlemann: Die Verbrechen des Amtsverrates. Diss. Leipzig, 1908.

Wachinger: Verbrechen und Vergehen im Amte. Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Bd. 9, 1906.

IV. Zeitschriften, Rechtsprechung.

Annalen des Reichsgerichts.

Goltdammer: Archiv für preußisches Staatsrecht.

Gerichtssaal.

Motive.

Oppenhoff: Rechtsprechung des Reichsgerichts.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen.

Preußische Gesetzessammlung.

I. Abschnitt.

§ 1.

Die Amtsverbrechen im allgemeinen.

Bevor auf das eigentliche Thema eingegangen werden kann, ist es nötig, zu der Frage Stellung zu nehmen, was Amtsdelikte sind.

Die Amtsdelikte haben die Verletzung eines besonderen Pflichtenkreises zum Inhalt, der neben dem für alle Gesetzesunterworfenen geltenden Pflichtenkreise besteht. Über das Wesen der Amtsverbrechen herrscht lebhafter Streit. Während die herrschende Doktrin sie als „die kriminell strafbaren Verletzungen der besonderen Amtspflicht“ [1]) ansieht, besteht nach Oppenheim [2]) ihr Wesen darin, „daß durch sie Rechtsgüter verletzt oder gefährdet werden, deren Verletzung oder Gefährdung ihrer Natur nach nur durch Inhaber eines Amtes stattfinden kann, weil nur ihnen vermöge ihres Amtes eine Einwirkung auf diese Rechtsgüter überhaupt möglich ist“.

Binding [3]) betont noch besonders, daß es auf die Zugänglichkeit der angegriffenen Rechtsgüter kraft Amtes ankomme.

M. E. soll die Verletzung eines nur von dem Amtsinhaber verletzbaren Rechtsgutes des Staates Gegenstand der Strafdrohung sein und nicht die Verletzung der Dienstpflicht. Es ist somit nicht ein einheitliches Schutzobjekt, wie es die herrschende Lehre annimmt. Wollte man der herrschenden Lehre folgen, die einen Verstoß innerhalb eines rein individuellen Verhältnisses des konkreten Täters an-

---

[1]) Wachinger S. 218.
[2]) Oppenheim S. 21.
[3]) Binding, G.-S. B. 64, S. 1 ff.

nimmt, so wird sich damit die Teilnahme auf die einzelnen Standesangehörigen konzentrieren, und es könnte dann nie ein Nichtbeamter die besondere Amtspflicht verletzen[4]).

Der Begriff der Amtspflicht ist auch viel zu unbestimmt und unklar, um als Grundlage für einen fest abgegrenzten Deliktstatbestand dienen zu können.

Somit sind die Amtsverbrechen nicht die „öffentlich strafbaren Verletzungen der durch die Anstellung begründeten Amtspflicht“[5]), es hat vielmehr jedes Amtsverbrechen ein besonderes Rechtsschutzobjekt.

Die gemeine Meinung teilt die Amtsverbrechen in eigentliche (reine) und uneigentliche (gemischte), je nachdem der reine Tatbestand der Amtspflichtverletzung darin enthalten ist oder sie von jedermann begangen werden können, aber für sich besonders bestraft werden, wenn sie der Inhaber eines Amtes begeht.

Nach Oppenheims[6]) Ansicht verdienen die Delikte, die einen Mißbrauch der Amtsstellung darstellen, überhaupt nicht die Bezeichnung Amtsverbrechen. Er stellt sie den Fällen, in denen ein Beamter ein außerhalb des 28. Abschnittes liegendes Delikt, z. B. einen Diebstahl, begeht, völlig gleich und sieht darin bei beiden nur den Unterschied, daß bei letzteren die schwerere Strafe vom Ermessen des Richters abhinge, während bei ersteren sie der Gesetzgeber ausdrücklich bestimmt hat. Daher bezeichnet er sie als gemeine Delikte und teilt die Amtsverbrechen in reine Amtsdelikte und gemeine ein. Es ist der herrschenden Ansicht der

---

[4]) Kohler, Studien I. S. 134 ff.: „.... Vielmehr beruhen die Amtsverbrechen auf einer Verletzung der subjektiven Amtspflicht, und der Unterschied zwischen Amts- und Disziplinarvergehen ist nicht so zu fassen, daß die ersteren gegen ein objektives Rechtsgut, die letzteren gegen die Beamtenpflicht gerichtet sind; sondern die Verletzung der Beamtenpflicht wird zum Amtsverbrechen, wenn dieselbe wesentliche Interessen der Menschheit verletzt ....“ Nach Kohler gibt es ebenfalls keine Teilnahme eines Nichtbeamten an einem Amtsvergehen, da ein Nichtbeamter nie eine Berufspflicht hat.

[5]) Berner S. 621; v. Liszt S. 573.

[6]) Oppenheim S. 21.

Vorzug zu geben, da die Delikte, die den Mißbrauch der Machtstellung des Amtsträgers darstellen, eine Qualifikation der gemeinen Delikte bedeuten und sehr wohl zu den Amtsverbrechen zu zählen sind.

Somit sind die Amtsverbrechen in eigentliche (reine) und uneigentliche (gemischte) zu teilen.

§ 2.

Die Amtsverbrechen als Sonderverbrechen.

Das gemeine Recht faßte die Amtsverbrechen wie das römische Recht als Standesverbrechen auf. Im Anfang kannte es nur einige wenige Amtsverbrechen wie das crimen repetundarum und cr. residui, späterhin dehnte es die Amtsverbrechen aus und zog neue Verbrechen in ihren Kreis hinein, so z. B. sprach es von einer Verletzung der Richterpflicht, einer concussio usw.[1]).

Eine ganz neue Durchbildung erfuhren die Amtsverbrechen durch die preußische Gesetzgebung. Preußen war ein Beamtenstaat, der in den Beamten die beste Stütze des Gemeinwesens sah. Daher erfuhr hier die Pflichtverletzung der Beamten eine typische Ausgestaltung, und es bildeten sich besonders harte Strafen für die Amtsverbrechen heraus, da auch der Beamte als Hüter des Rechtes sich zu befleißigen hatte, das Rechtsgefühl des Volkes und seine exponierte besondere Stellung mit dem damit verbundenen Ansehen nicht zum Wanken zu bringen. Es bildeten die Amtsdelikte unter der Überschrift „Verbrechen der Diener des Staates" den Schluß des 20. Titels des zweiten Teils des preußischen Landrechts, was ihnen somit gleichzeitig eine Sonderstellung gegenüber den anderen Delikten gab. Ebenso ist auch im heutigen RStGB. den Amtsverbrechen ein besonderer Abschnitt gewidmet.

Hinsichtlich der Stellung der besonderen Abschnitte im System teilt seit 1843 die preußische Gesetzgebung nicht den gemeinrechtlichen Standpunkt, sondern betrachtet die

[1]) Wachinger S. 193 ff.

Amtsverbrechen vorwiegend als Sonderverbrechen und stellt sie somit den gemeinen Verbrechen gegenüber.

Den Standpunkt der preußischen Gesetzgebung teilt nahezu vollkommen das Reichsstrafgesetzbuch — einige Amtsvergehen, die qualifiziert gemeinen oder uneigentlichen Amtsdelikte, zählt es jedoch nicht zu den Sonderdelikten.

Im 28. Abschnitt des besonderen Teils führt es unter dem Titel „Verbrechen und Vergehen im Amte“ die Amtsverbrechen auf, die somit einen Anhang zu den übrigen Delikten bilden.

Es sind daher im heutigen System die Amtsdelikte, soweit sie eigentliche sind, als Sonderverbrechen zu betrachten[2]).

Noch eine andere Erwägung führt zu demselben Ergebnis. Die Bezeichnung „Sonderverbrechen“ für die Verletzung der Vorschriften, denen nur von einer begrenzten Anzahl Menschen Gehorsam zu zollen ist, rührt daher, daß man sich auf die Stelle fr. 2 pr. de re militari 49,16 gestützt hat, die lautet:

Militum delicta sive commissa aut propria sunt aut cum ceteris communia .... proprium militare est delictum, quod quis uti miles admittit.

Im Anschluß hieran hat man diesen und allen ähnlichen Verbrechen den Namen Sonderverbrechen (delicta propria) gegeben und sonderte alle übrigen als „Gemeinverbrechen“ ab.

Diese Unterscheidung hat man dann wieder aufgegeben. Das führte zu großen Schwierigkeiten, als es sich darum handelte, z. B. die Amtsverbrechen den qualifiziert gemeinen gegenüberzustellen und sie gegeneinander abzugrenzen. Man kehrte daher schließlich wieder zur Trennung in Sonderverbrechen und Gemeinverbrechen zurück. Jetzt aber verfallen einzelne in den Fehler, den Begriff des delictum proprium zu weit zu nehmen, teils nehmen sie ihn zu eng. So z. B. Feuerbach[3]) und Kleinschrod[4]), die unter Sonder-

[2]) Wachinger S. 217.
[3]) Feuerbach § 25.
[4]) Kleinschrod S. 202.

verbrechen nur die gegen Mitglieder eines besonderen Standes gerichteten verstehen, und in noch größerem Maße Luden[5]), der die Sonderverbrechen auf die Delikte einschränkt, die auf einem „öffentlichen Dienstverhältnis“ beruhen.

Berner[6]) dagegen wieder zählt die qualifiziert gemeinen Amtsdelikte zu den Sonderverbrechen, während er andere gleichartige zu den communia zählt. Hierauf weiter einzugehen, führte zu weit. Im wesentlichen ist der Unterschied zwischen Sonderverbrechen und Gemeinverbrechen darin zu sehen, daß ersteren „speziell persönliche Tatumstände“[7]) eigen sind.

Die qualifiziert gemeinen Amtsverbrechen sind jedenfalls nicht zu der Gruppe der Sonderverbrechen zu zählen, wenn sie sich auch im 28. Abschnitt durch ihre Stellung als solche delicte propria kennzeichnen. Daß das Gesetz in diesem Abschnitt auch andere Vorschriften mit hinein genommen hat, denen eigentlich gar nicht dieser Platz unter den Beamtendelikten gebührt, sondern die nur aus Zweckmäßigkeitsgründen dort untergebracht sind, zeigt ganz deutlich eine Reihe von dort aufgeführten Verbrechen, die auch von Nichtbeamten begangen werden können, so z. B. §§ 333, 352 StGB.

Es läßt sich also aus der Stellung der uneigentlichen Amtsdelikte gar kein Schluß ziehen, anzunehmen, die qualifiziert gemeinen Delikte seien Sonderdelikte. Auch sonst spricht nichts im Gesetz dafür.

Wie schon oben erwähnt, besteht der Unterschied zwischen den Gemeinverbrechen und Sonderverbrechen in den „speziell persönlichen Tatumständen“, die den letzteren eigen sind. Während die Täterhandlung bei den Sonderverbrechen zu keinen großen Schwierigkeiten führt, tut dies die Teilnehmerhandlung im Sonderverbrechen.

Täter kann nur derjenige sein, der die verlangte Sonderstellung hat. Begeht eine nicht in dieser Stellung befind-

[5]) Luden, Über den Tatbestand S. 146.
[6]) Berner S. 69.
[7]) Nagler S. 26.

liche Person das Delikt, begeht es eben nicht dieses Sonderdelikt. Anders ist das bei der Teilnahme.

Schon bei der Mittäterschaft ergeben sich erhebliche Schwierigkeiten, je nachdem man Anhänger der subjektiven[8]) oder objektiven[9]) Theorie ist, worauf hier jedoch nicht weiter einzugehen ist.

In noch viel höherem Maße herrscht der Streit bei der Anstiftung. Wenn sich auch die Teilnehmer um den Täter gruppieren und die rechtliche Natur des Deliktes von der Person des Täters abhängt, so ist damit noch nicht gesagt, welchen Einfluß die Eigenart des delictum proprium auf den Teilnehmer ausübt.

Schon in alter Zeit haben die Juristen diese Frage aufgegriffen, da gerade die Tatsache häufig in Erscheinung trat, daß Personen, die nicht der bestimmten Sonderklasse angehören, am delictum proprium teilnehmen. Die gemeinrechtlichen Juristen sprachen dann von genereller und spezieller Teilnahme, eine Unterscheidung, die sich bald aber wieder verliert. Die neueren Juristen lassen zum Teil die persönlichen Tatumstände absolut wirken; nach ihnen bestimmt sich die Strafbarkeit nach dem Gesetze, das auf den Täter Anwendung findet; es kann hiernach jeder Teilnehmer an Sonderverbrechen sein, ob er dem besonderen Stande angehört oder nicht, ist gleichgültig[10]). Anders messen die Vertreter des subjektiven Standpunktes den besonderen persönlichen Tatumständen nur relative Bedeutung zu und leugnen daher die Teilnahme[11]) z. B. eines Nichtbeamten am Beamtendelikt. Nur der potentielle Täter kann nach ihnen Teilnehmer sein.

Man sieht also, daß die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse bei den Sonderdelikten und speziell den Be-

---

[8]) Rüdorff-St., Komm. 7/8; Oppenheim, Rechtsbeugungsverbrechen S. 8, 24, 196; Berner S. 160 ff.; v. Liszt S. 224; Olshausen § 47[5].

[9]) H. Meyer S. 235; Frank § 47.

[10]) Luden II. S. 356.

[11]) Feuerbach, Lehrbuch § 52; Bauer, Abhandlung im Strafrecht I, S. 425.

amtendelikten von weitgehendem Einfluß sind, weshalb es wohl angebracht ist, darauf näher einzugehen, welchen Einfluß persönliche Verhältnisse und Eigenschaften auf die Strafbarkeit ausüben.

§ 3.

Der Einfluß der persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse auf die Teilnahme am Sonderdelikt.

Bereits im römischen Recht[1]) findet sich die Frage nach dem Einfluß persönlicher Beziehungen auf die Strafbarkeit erwähnt. Sie sind jedoch nur auf einen besonderen Fall zugespitzt und können daher nicht verallgemeinert werden.

Während man in der Folgezeit ziemlich damit einverstanden ist, daß dann, wenn die Qualifikation des Verbrechens in einem objektiven Moment liegt, diese Qualifikation auch auf den Gehilfen übergeht, spalten sich die Meinungen, wenn es sich um ein persönliches Verhältnis des Täters zum Objekt des Verbrechens handelt. Es scheiden sich die Theorien in eine objektive und subjektive.

Köstlin[2]) vertritt den Grundsatz, daß jemand dann nicht Teilnehmer zu einem Delikt sein kann, was er nicht selbst als Täter zu begehen imstande ist, die subjektive Qualifikation des Täters bleibt für ihn fremd. Berner[3]) behauptet dies nur für die Anstiftung. Luden[4]) erklärt dagegen den Täter in allen diesen Fällen für strafbar. Somit finden sich zwei entgegengesetzte Standpunkte.

Die einen bestimmen auch in den persönlichen Eigenschaften den Begriff der Missetat für alle Teilnehmer nach dem Täter, nach ihnen kann ein Nichtbeamter als Anstifter zum Amtsdelikt in Frage kommen, — die anderen bestimmen bei verschiedenen persönlichen Eigenschaften der Teilnehmer den Begriff der Missetat nach den besonderen persönlichen Eigenschaften — ein anstiftender Nichtbeamter wäre dann

[1]) l. 6 J. 4, 18; l. 6 Dig. 48,9.
[2]) Köstlin, System des D. Str.-R. 1855, § 99.
[3]) Berner, Teilnahme S. 305.
[4]) Luden, Abhandlung Bd. II S. 356.

straffrei. Neben diesen beiden Ansichten hat das RStGB. noch eine dritte herausgebildet. Es unterscheidet nämlich persönliche Eigenschaften, welche die Strafbarkeit begründen oder aufheben, und solche, welche sie erhöhen oder vermindern. Bei ersteren soll die persönliche Eigenschaft des Täters maßgebend sein, bei letzteren soll jeder Teilnehmer nach seinen besonderen persönlichen Eigenschaften beurteilt werden.

Der Gesetzgeber hat im § 50 StGB. eine diese Fälle regelnde Bestimmung aufgenommen.

„Wenn das Gesetz die Strafbarkeit einer Handlung nach den persönlichen Eigenschaften oder Verhältnissen desjenigen, welcher dieselbe begangen hat, erhöht oder vermindert, so sind die besonderen Tatumstände dem Täter oder demjenigen Teilnehmer (Mittäter, Anstifter, Gehilfe) zuzurechnen, bei welchem sie vorliegen."

Der Paragraph spricht von denjenigen persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen, die die Strafbarkeit einer Handlung erhöhen oder vermindern. Es ist jetzt darauf einzugehen, welchen Einfluß diese Bestimmung auf die am Delikt beteiligten Personen, sei es Täter, sei es Teilnehmer, hat, und zwar speziell den Anstifter.

Dazu ist es nötig, auf die Motive[5]) kurz einzugehen.

Der zweite Entwurf gestaltete den dritten Absatz im § 41 des ersten Entwurfes zu einem selbständigen Paragraphen, dem § 48, und gab ihm folgenden Inhalt:

Wenn das Gesetz die Strafbarkeit einer Handlung nach den persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen desjenigen, welcher dieselbe begangen hat, erhöht oder vermindert, so sind diese besonderen Tatumstände dem Täter oder demjenigen Teilnehmer zuzurechnen, bei welchem sie vorliegen. In der Begründung zu diesem Paragraph heißt es: „Die strafbare Handlung, an welcher mehrere Personen teilgenommen haben, kann gegenüber den einzelnen Teilnehmern in bezug auf ihren rechtlichen Charakter und die durch ihn

[5]) Motive zum II. Entw. § 48.

bedingte Beurteilung derselben eine verschiedenartige sein, je nachdem den persönlichen Eigenschaften oder Verhältnissen, in denen der Täter sich befindet, z. B. bei der Teilnahme eines Dritten an einem von jemandem gegen einen Verwandten aufsteigender Linie begangenen Totschlag; die Tat ist gegenüber dem Dritten ein einfacher Totschlag, gegenüber dem Täter ein qualifizierter. Der Entwurf hat angenommen, daß in einem solchen Falle jeder Teilnehmer nach dem Gesetz bestraft werden soll, welches auf seine Tat, ohne Rücksicht auf die besonderen persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse der anderen Teilnehmer Anwendung findet, und auch hierdurch den allgemeinen Satz zur Geltung bringen wollen, daß ein jeder lediglich nach dem Grade seiner Verschuldung, wie sie sich nach seiner Tätigkeit und seinen Verhältnissen gestaltet, bestraft werden soll."

Das Preußische StGB. vom 14. April 1851 schafft im § 331_2 eine ausdrückliche Vorschrift, in der es anordnet:

„Nehmen Personen, welche keine Beamte sind, an einem der in diesem Titel bezeichneten Verbrechen oder Vergehen teil, so sollen, soweit keine Ausnahmen bestimmt sind, die allgemeinen Grundsätze über Teilnahme gelten. Auf den im § 309 vorgesehenen Fall — Bestechung — findet diese Bestimmung keine Anwendung."

Damit regelte es die damalige Rechtsprechung und gab ihr eine genau bezeichnete Richtung, als die Rechtsprechung die Teilnahmehandlung Nichtbeamter an Amtsverbrechen leugnete. Das RStGB. hat ausdrücklich Vorschriften nach diesem Vorbilde mit Ausnahme von § 50 nicht gegeben. Dieser Paragraph stellt somit eine auf dem Prinzip der Billigkeit beruhende Ausnahme von den in dem Abschnitt über Teilnahme aufgestellten Regelsätzen dar. Wo jedoch die ratio zum Ziele führt, tritt die Billigkeit zurück.

Der § 50 fordert die gesonderte Beurteilung der Teilnehmer hinsichtlich der persönlichen Eigenschaften oder Verhältnisse, welche die Strafbarkeit erhöhen oder vermindern. Daraus ergibt sich arg. e. contr., daß die strafbegründenden

Umstände nichts an der akzessorischen Natur der Teilnahme ändern[6]). Solche Rechtssätze, welche die Strafbarkeit erhöhen oder vermindern, sind immer solche Rechtssätze, welche sich zur gemeinen Strafdrohung wie lex specialis zur lex generalis verhalten.

Nur bei strafändernden Umständen kommt § 50 in Betracht, nicht bei strafkonstitutiven Verhältnissen. Auch aus folgender Erwägung heraus kommt man zu diesem Ergebnis: Wollte man auch in diesen Fällen § 50 zur Anwendung bringen, müßte der Teilnehmer, speziell der Anstifter, straffrei sein, da es kein gemeines Delikt gibt, nach dem man ihn bestrafen könnte; das widerspricht der ratio legis.

Natürlich muß der Teilnehmer am Sonderdelikt wissen, daß der Angestiftete dem Sonderkreise angehört[7]).

Bei den reinen Amtsdelikten hatte somit der § 50 immer auszuscheiden und bei der Anstiftung z. B. immer der Anstifterparagraph zur Anwendung zu kommen.

Bei den uneigentlichen Amtsdelikten dagegen ist der Teilnehmer immer nach dem zugrunde liegenden gemeinen Delikt zu strafen unter der Voraussetzung, daß man die uneigentlichen Amtsdelikte als qualifiziert gemeine Delikte auffaßt, denn dann handelt es sich um strafändernde und nicht strafbegründende Umstände. Faßte man die uneigentlichen Amtsdelikte als Sonderdelikte auf, so schiede § 50 aus, dann liegen strafkonstitutive Umstände vor.

§ 4.

Teilnahme, insbesondere Anstiftung zum Sonderverbrechen.

Nach diesen Ausführungen über den Einfluß der persönlichen Verhältnisse im allgemeinen ist jetzt unter Berücksichtigung dieser Erwägungen auf die Teilnahme, insbesondere Anstiftung zum Sonderverbrechen einzugehen.

---

[6]) H. Meyer-L. S. 228; Rubo S. 464 f.; Hecker in G. A. 30 S. 128; Berner S. 169.

[7]) Frank § 50.

Das RStGB. hat dafür keine besondere Vorschrift gegeben, wodurch es sich wesentlich vom PrStGB. unterscheidet[1]), das in § 331₂ eine solche ausdrückliche Bestimmung gab und dadurch die Teilnahme von Nichtbeamten an Amtsverbrechen anerkennt. Diesen Standpunkt vertritt auch unser RStGB. ohne diese ausdrückliche Bestimmung. Mit Recht hat daher das Preußische Obertribunal die Ansicht verworfen, daß der Teilnehmer nur dann zu strafen sei, wenn er selbst hätte der Täter sein können[2]).

Hälschner[3]) und Rüdorff[4]) leiten die Möglichkeit der Teilnahme am Sonderverbrechen auch durch nicht dem besonderen Stande Angehörige von der Tatsache her, daß im II. Entwurf die im I. Entwurf vorgesehene positive Bestimmung der Erstreckung der Teilnahmebestimmung auf Nichtbeamte als „überflüssig" weggelassen worden ist.

Auch daraus, daß der § 50 nur für strafändernde Tatumstände in Betracht kommt[5]), jedoch nicht für strafbegründende, läßt sich arg. e contrario schließen, daß die allgemeinen Teilnahmevorschriften zu gelten haben[6]).

Ist somit die Frage, ob es eine Teilnahme am Amtsverbrechen durch einen Nichtbeamten gibt, zu bejahen, ist weiterhin auf die speziellere Anstiftung zu einem Sonderdelikt einzugehen, sobald ein Extraneus sich an einem solchen beteiligt, d. h. eine Person, die nicht Angehöriger der Sondergruppe ist. Der Anstifter ist dann als intellektueller Gehilfe zu betrachten[7]), aber niemals als mittelbarer Täter. Es findet dann immer der § 48 Anwendung, wenn der Angestiftete der Täterschaft schuldig ist. Kann dem Täter die Tat nicht zugerechnet werden, d. h. liegt ein sogenannter Strafausschließungsgrund vor, so kann auch der Anstifter nicht

---

[1]) cf. § 3.
[2]) Oppenhoff, XIII S. 159; G. A. XX S. 184.
[3]) Hälschner S. 440.
[4]) Rüdorff-St. S. 718.
[5]) cf. § 3.
[6]) Berner S. 169; H. Meyer S. 228; Hecker in G. A. XXX S. 128.
[7]) cf. § 5 und Nagler S. 156.

bestraft werden, denn er ist intellektueller Gehilfe und als solcher nur sekundär gebunden. War der Angestiftete zwar zur Begehung des Sonderdeliktes geeignet, kannte aber der Extraneus diesen Umstand nicht, so ist er auch nicht strafbar, denn es fehlt das Moment der subjektiven Rechtswidrigkeit.

Das somit gefundene Ergebnis, es gibt eine Teilnahme bzw. auch Anstiftung zum Sonderdelikt durch einen Extraneus, entspricht auch dem Sinne des Gesetzes.

II. Abschnitt.

§ 5.

Anstiftung und Bestechung.

Jemanden zu etwas anstiften bedeutet, in ihm einen gewissen Willen zu erregen, irgendeine Tat zu begehen, und zwar so, daß die Verwirklichung dieses Willens als Folgeerscheinung der Erregung des Willens in die Wirklichkeit tritt. Es steht der Anstifter mit dem Geschehnis in direkter Beziehung[1]). Das Gesetz erfordert zum strafrechtlichen Begriff der Anstiftung, daß jemand durch seine Tätigkeit vorsätzlich die Ursache der von einem anderen begangenen strafbaren Handlung ist. Es spricht nicht davon, es müßte der Anstifter auch potentieller Täter sein, und weist somit die Anstiftung eines Beamten durch einen Nichtbeamten nicht ohne weiteres von der Hand, weil letzterem die persönlichen Eigenschaften fehlen[2]). Somit ist der Dritte nur dann „bestimmt" gemäß § 48, wenn die Tat gerade auf Grund der ihm vom Anstifter geweckten Triebe begangen ist. Es ist daher die Anstiftung eines zur Tat bereits Entschlossenen nicht denkbar. Eine weitere Voraussetzung der Anstiftung ist, daß der im anderen geweckte Verbrechens-

[1]) v. Buri, G.-S. 1870 S. 93.
[2]) R.-G.-E. 6 S. 415.

entschluß auch „die charakteristischen Züge des Täterwillens“ bereits an sich tragen muß[3]). Der § 48 fordert, daß der Anstifter bewußt widerrechtlich handelt, und daß sein dolus auch die Ausführungshandlung mit umfassen muß.

Streit erhebt sich darüber, ob der Anstifter als Urheber oder als Gehilfe tätig wird. Die gemeine Meinung faßt ihn nie als intellektuellen Urheber auf[4]). Anderer Meinung sind Kohler[5]) und Binding[6]). In m. E. überzeugender Weise erbringt Nagler[7]) den Nachweis, daß in gewissen Fällen die Anstiftung sich als intellektuelle Urheberschaft darstellt, besonders da, wo „das Geschehene Ausdruck des Urheberwillens des Anstiftenden sein kann“. In allen übrigen Fällen ist die Tätigkeit des Anstifters Gehilfentätigkeit. Unter letztere Kategorie fällt auch die Anstiftung zum Sonderverbrechen durch einen Extraneus, da er als außerhalb des besonderen Kreises Stehender der Urheberschaft zum Sonderdelikt überhaupt unfähig ist.

Mit der „Anstiftung“ weist die „Bestechung“ eine große Ähnlichkeit auf, denn auch das Bestechen hat die Bestimmung eines Dritten, und zwar eines Beamten zu einem Delikt zum Inhalt, ohne selbst bei der Ausführung tätig zu werden. Es tritt jedoch noch hinzu, daß die Willenserregung durch Zuwendung eines Vorteils entstanden sein muß. Somit bedeutet „bestechen“ das Hervorrufen eines verbrecherischen Willens in einem Beamten durch Zuwendung eines Vermögensvorteils. Beiden Begriffen, anstiften wie bestechen, wohnt also das Gemeinsame der Aufforderung zu einem Delikt inne.

Das „Bestechen“ zielt darauf hin, den Beamten zu einer Verletzung der Amts- oder Dienstpflicht zu bestimmen.

Der § 333, der die aktive Bestechung enthält, lautet:

> Wer einem Beamten oder . . . . Geschenke oder Vorteile anbietet, verspricht oder gewährt, um ihn zu

[3]) Nagler S. 140.
[4]) v. Liszt S. 226.
[5]) Kohler S. 106.
[6]) Binding S. 700.
[7]) Nagler S. 144 ff.

einer Handlung, die eine Verletzung einer Amts- oder Dienstpflicht enthält, zu bestimmen, wird wegen Bestechung mit Gefängnis bestraft . . . .

Aus der Fassung des Paragraphen, der zunächst von einer Amtspflicht, dann von einer Dienstpflicht spricht, könnte man schließen, das Gesetz wolle Amts- und Dienstpflicht in einen Gegensatz zueinander setzen, indem es unter Dienstpflicht die außerordentlichen Pflichten versteht. Dem ist aber nicht so, das Gesetz will nur mit dem Wort Dienstpflicht die Pflichten der Militärpersonen fassen, die nicht dem Militärstrafgesetzbuch unterstehen[8]).

Im übrigen läßt sich zwischen Amts- und Dienstpflichten eine scharfe Grenze nicht ziehen, „weil jede Amtspflicht eine Dienstpflicht ist“[9]). Der Paragraph stellt als erforderlich auf, daß die deliktische Handlung eine Verletzung der Amtspflicht sein muß. Was man darunter zu verstehen hat, ist nicht unbestritten. Der § 333 selbst drückt sich ebenso wie der § 332, der die einfache passive Bestechung enthält, nur ganz allgemein aus, so daß hieraus nichts zu entnehmen ist. Die Ausdrucksweise des Gesetzes ist sogar ungenau, zum mindesten undeutlich, wenn es nur von Handlung spricht und sie nicht dahin präzisiert, daß es eine Amtshandlung sein muß.

So kommt es, daß sich z. B. eine Ansicht findet, die das notwendige Vorliegen einer Amtshandlung verneint. So hält es Binding[10]) nicht als erforderlich, daß die Handlung eine Amtshandlung sein müsse. Er kommt zu diesem Ergebnis, da er die Ansicht vertritt, daß eine Amtspflichtverletzung nie in die zum Amt gehörigen Handlungen fallen könne. M. E. ist Binding nicht beizupflichten, da es sehr wohl Handlungen eines Beamten gibt, die innerhalb seiner Kompetenz liegen und doch die Verletzung seiner Amtspflicht bedeuten. Gegen Binding nimmt das Reichsgericht[11])

---

[8]) Olshausen § 332_1.
[9]) Kleinfeller S. 273.
[10]) Binding II, S. 718, 719.
[11]) R.-G.-E. 16, S. 42.

mit Recht Stellung. Ebenso nimmt die herrschende Meinung[12]) bei § 332 an, daß unter „Handlung", da der § 332 doch nur eine Qualifikation des § 331 ist, ebenso wie in § 331 nur eine Amtshandlung zu verstehen sei, was dann auch bei § 333 Geltung haben muß; das hat selbst das Reichsgericht[13]) verschiedene Male erklärt: Der § 333 setze Amtshandlungen als Objekt der Bestechung voraus. Auch aus folgender Erwägung heraus ist der Ansicht des Reichsgerichts beizupflichten: Es müßte ja dann z. B. bei demjenigen, der einen Lehrer besticht, Privatstunden zu erteilen, die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte für möglich erachten. Solche Fälle sollen eben nicht nach dem Sinne des Gesetzes von dem § 333 getroffen werden.

Es setzt also der § 333 eine Handlung voraus, zu der der Amtsträger zwar amtlich befugt ist, die mithin innerhalb seiner Kompetenz liegt, jedoch einen Kompetenzmißbrauch enthält.

Als Angriffsobjekt der Bestechung ist nicht die Unverletzlichkeit der Amtspflicht, sondern die Unentgeltlichkeit und Unkäuflichkeit der Amtshandlung gedacht[14]).

„Anstiften" wie „Bestechen" ist nur zu einer strafbaren Handlung möglich. Durch dieses Charakteristikum der strafbaren Handlung spezialisieren sich beide gegenüber dem umfassenderen „Verleiten". Es läßt sich sehr wohl denken, daß man auch zu einer nicht strafbaren Handlung verleitet werden kann. Anstiften wie Bestechen stellen sich selbst wieder als Delikte dar und sind daher strafbar, vorausgesetzt, daß es auch zur Haupttat gekommen ist. Letzteres trifft allerdings nur für die Anstiftung zu mit Ausnahme der Fälle, die unter § 49a fallen, während die aktive Bestechung schon vollendet ist mit der Zuwendung der Vorteile an den Bestochenen, ohne daß der Beamte das Geschenk annimmt und ohne daß noch die Ausführung der strafbaren Handlung dazuzukommen braucht. Die Bestechung ist mit dem An-

[12]) Olshausen § 332₁; Hälschner II, S. 1049; Birkmeyer S. 350.
[13]) R.-G.-R. IX S. 393, 517; R.-G.-E. XX S. 415, XXVIII S. 424.
[14]) Birkmeyer S. 311.

bieten des Geschenkes an den Beamten vollendet, selbst wenn dieser es ausschlägt, in dem Momente also, in dem der Amtsinhaber die Käuflichkeit seiner Amtshandlung bzw. der Bestecher seinen Willen, sie käuflich zu machen, dokumentiert hat. Die Tat ist dann nicht bloß ein erfolgloser Bestechungsversuch[15]). Das Gesetz will eben schon das Anbieten d. h. das Hervorrufen des verbrecherischen Willens bestrafen. Ihm kommt es nicht darauf an, ob der Beamte auch wirklich die amtswidrige Handlung ausführt oder nicht.

Außer Zweifel steht es, daß sich der Bestecher nur dann strafbar macht, wenn sein Bewußtsein dahin geht, daß die verlangte Handlung gegen die Amtspflicht des Beamten verstößt. Fehlt dieses Bewußtsein, ist der Bestecher straflos, da bei der Bestechung zu einer pflichtgemäßen Handlung nach § 331 es keine Bestrafung gibt. Das Gesetz hat dadurch, daß es die dem Delikt des § 331 entsprechende aktive Bestechung mit Strafe nicht belegt, angedeutet, daß es die dem § 331 entsprechende aktive Bestechung nicht bestraft wissen will.

Immer ist bei der aktiven Bestechung das Anbieten und Gewähren von Vorteilen Voraussetzung. Wenn jemand in einem Beamten nur durch Worte, ohne ihm irgendwelche Vorteile zuzusichern, das Delikt erregte, dann wäre der verbrecherische Wille niemals aus § 333 zu strafen. Läge dann, falls die strafbare Amtshandlung begangen wird, eine aus § 48 strafbare Anstiftung vor? Es ist wohl anzunehmen, daß in einem solchen Falle der allgemeine Paragraph der Anstiftung zur Anwendung zu kommen hat; es liegt dann keine Bestechung, sondern Anstiftung zu einem Beamtendelikt vor, weil eben eines der Hauptmomente für die Bestechung, nämlich die Zusicherung von Vorteilen, fehlt. Daß es eine aus § 48 strafbare Anstiftung zum Beamtendelikt gibt, sehen wir weiter unten.

Wie liegt aber nun der Fall, wenn alle Momente für die Bestechung vorliegen, also der § 333 zur Anwendung

[15]) v. Schwarze § 333,6; Olshausen § 333,8; Oppenhoff R. XIV S. 809.

zu kommen hat, kommt dann neben § 333 noch der Paragraph der Anstiftung, § 48, falls das Delikt zur Ausführung gelangt, in Betracht oder § 49a, falls es nicht zur Ausführung kommt, oder derogiert der § 333 als lex specialis den § 48 bzw. § 49a? Oder mit anderen Worten:

Gibt es eine Anstiftung zu einem Beamtendelikt durch einen Nichtbeamten?

§ 6.

Die Untersuchung gegenüber dem § 332.

Ist ein Privater strafbar, der einen Beamten zu einem Amtsdelikt anstiftet? Nicht ohne weiteres läßt sich das bejahen, denn wenn auch der Private sich noch so sehr in das Verantwortlichkeitsgefühl des Beamten hineindenkt, immer fühlt er eine fremde, nicht eine eigene Verantwortlichkeit[1]).

Der § 333 behandelt die einfache aktive Bestechung im Gegensatz zu der aktiven qualifizierten Bestechung des $§ 334_{II}$.

Aus der Stellung des § 333 läßt sich erkennen, daß der Paragraph nicht nur gegenüber dem § 332 in Frage kommt, sondern auch gegenüber allen anderen Amtsdelikten. Würde ersteres anzunehmen sein, hätte der § 333 wie 334_{II} — damit ist dessen enge Zugehörigkeit zum $§ 334_{I}$ gekennzeichnet — als Absatz II dem § 332 angegliedert werden müssen. Da das nicht der Fall ist, will durch die Selbständigkeit der Stellung das Gesetz die allgemeine Geltung des § 333 gegenüber den Amtsdelikten hervorheben.

Bei der Untersuchung der Frage, ob die Anstiftung zu einem Amtsdelikt durch einen Nichtbeamten neben § 333 auch noch aus § 48 bzw. § 49a zu strafen ist, hat man bei der Gegenüberstellung der Paragraphen die Amtsdelikte einerseits in die passive Bestechung des § 332, andererseits in die Gruppe aller übrigen Amtsdelikte zu teilen, weil beide Untersuchungen zu verschiedenen Resultaten führen.

Bei dem ersten Teil der Untersuchung ist zugrunde zu legen, daß das Delikt, zu dem bestochen worden ist, auch

[1]) Redslob S. 50, der die Frage beneint; Finger S. 363; Oppenhoff § 50[5]; Rüdorff § 50; Büll S. 18—19.

zur Ausführung gelangt ist, da sonst der § 48 von vornherein auszuschalten wäre.

Zunächst ist also die passive Bestechung des § 332 der einfachen aktiven Bestechung bzw. Anstiftung gegenüberzustellen.

Garraud[2]) sagt in seiner Abhandlung über die Bestechung:

Sur la manière de concevoir ce délit, les législations pénales les plus récentes se partagent entre deux systèmes opposés. D'après le premier la corruption constitue une infraction complexe qui suppose le concours nécessaire de deux personnes également coupables et également punissables. Le corrupteur serait coateur ou complice, avec le fonctionnaire corrompu, d'une seule et même infraction . . . D'après le second système, la corruption comprendrait deux infractions distinctes, imputables, l'une au fonctionnaire corrompu l'autre au corrupteur. Les deux éléments de la corruption seraient indépendants en ce sens, du moins qu'ils pourraient être distinctement punis sans qu'il y eût à établir entre ces éléments une rélation nécessaire soit au point de vue de l'incrimination soit au point de vue de la pénalité.

Garaud selbst schließt sich dem ersten System an und behandelt die beiden Tätigkeiten als die beiden Elemente ein und desselben Deliktes und nicht zweier verschiedener Delikte. Diesen Standpunkt teilt auch Binding[3]), was schließlich dazu führt, die aktive Bestechung als Teilnahme an der passiven Bestechung aufzufassen.

Birkmeyer[4]) vertritt die entgegengesetzte Ansicht. M. E. ist es recht zutreffend, wie er, die aktive Bestechung nicht als Teilnahme (Anstiftung) der passiven Bestechung anzusehen: es müßte ja sonst Bestecher wie Bestochener gleich bestraft werden; das ist unbillig; der Bestecher verdient eine mildere Strafe, da den Bestechenden lediglich nur eine indirekte Schuld hinsichtlich des in der Bestechung liegenden Angriffs auf die Unentgeltlichkeit der Amtshandlung trifft.

[2]) Garraud, Traité IV 56 no 1175; cf. auch Birkmeyer, Bestechg. IX V. d.
[3]) Binding, Bd. II S. 716[2].
[4]) Birkmeyer S. 323.

Es ist sonach gerechtfertigt, daß der Bestechende, der als Privatperson weniger schuldvoll ist, geringer als der bestochene Beamte zu strafen ist.

Daß dies der Gesetzgeber beabsichtigt hat, ist schon daraus zu ersehen, daß derjenige, der einen Beamten zu einer in sein Amt einschlagenden, an sich nicht pflichtwidrigen Handlung unter Zusicherung von Vorteilen verleitet, überhaupt nicht strafbar ist, während der Beamte nach § 331 zu strafen ist. Das kann man daraus schließen, daß § 333 ausdrücklich bestimmt: Wer einen Beamten zu einer Handlung, die eine Verletzung seiner Amts- oder Dienstpflicht enthält . . . .

Damit will eben der § 333 die Bestrafung aller derjenigen ausschließen, die den Beamten zu einer Handlung bestimmen, die keine Verletzung einer Amts- oder Dienstpflicht enthält.

Hier dann etwa § 48 durchgreifen zu lassen, widerspräche direkt dem Sinne des Gesetzes[5]).

Noch ein anderer Grund, die aktive Bestechung und die passive Bestechung als zwei selbständige Delikte aufzufassen, ist auch der, daß der Bestecher auch dann gestraft werden muß, wenn der Beamte sich nicht zu der pflichtwidrigen Handlung bestechen ließ, was sonst straflos bliebe.

Somit hat sich unser StGB. nicht darauf eingelassen, die aktive Bestechung den Grundsätzen der Teilnahme unterzuordnen, sondern hat sie als Anstiftung zu einem Verbrechen des § 332 zum selbständigen Delikt erhoben, indem es den § 333 schaffte. Und damit hat m. E. das Gesetz richtig getan, denn sonst hätte auf die Tat des Bestechers der § 48 Anwendung finden müssen, auch der Anstifter hätte zu Zuchthaus verurteilt werden müssen.

Das wäre eine Härte, denn bei ihm liegt nicht die strafschärfende Tatsache der Verletzung eines Pflichtenkreises vor. Das Gesetz gibt durch § 333 ausdrücklich seinen Willen kund, den Bestechenden milder zu strafen als den Bestochenen, der ja außer seiner Amtspflicht auch noch seinen Amtseid

[5]) Teichmüller S. 20.

verletzt. Es trifft dann auch den Bestechenden seine Strafe, wenn der Beamte sich nicht bestechen ließ. Solche Fälle wären sonst, wenn die amtswidrige Handlung nicht zur Ausführung kam, straflos geblieben.

Aus diesem allen folgt, daß der § 333 gegenüber § 332 in Verbindung mit § 48 eine lex specialis ist. Es wird aus dem weiteren Tatbestand des § 48 mit § 332 der engere des § 333 herausgehoben. Das Gesetz gibt hier zu erkennen, daß die Anwendbarkeit des weiteren Tatbestandes durch den engeren ausgeschlossen werden soll. Somit liegt Gesetzeskonkurrenz zwischen §§ 48 in Verbindung mit 332 und § 333 vor, letzterer schließt ersteren aus.

Die Untersuchung hat gezeigt, daß ein Konkurrieren der §§ 48, 332 und 333 nicht möglich ist, sondern nur immer der Paragraph der aktiven Bestechung Anwendung findet[6]).

§ 7.

Die Untersuchung gegenüber den uneigentlichen Amtsdelikten.

Anders tritt das Verhältnis des § 333 zu der Anstiftung zu den übrigen Amtsdelikten in Erscheinung. Die herrschende Meinung erachtet hier eine Anstiftung für möglich sowohl zu uneigentlichen wie eigentlichen Amtsdelikten, jedoch mit sehr verschiedener Begründung[1]).

[6]) R.-G.-E. 13,181; Frank IV S. 332; Rüdorff-St. § 332[6].

[1]) Olshausen § 48[20], § 49[20]; Oppenhoff § 48[4], 49[2]; Frank Anm. III[1] zu § 48, Anm. II zu § 49; R.-G.-E. 25,234, 27,138; Borchert S. 106; Nagler S. 83, 116; Geyer, H.-H. II 366, 395; Schütze 146,12, 154,18, 161,20.

Ebenso auch die R.-G.-E. 6,414: „Das Gesetz hat hiernach zum strafrechtlichen Begriff nur gefordert, daß jemand durch seine Tätigkeit vorsätzlich die Ursache der von einem anderen begangenen strafbaren Handlung geworden ist, nicht aber, daß bezüglich seiner diejenigen persönlichen Eigenschaften vorhanden sind, welche etwa erforderlich sind, um die strafbare Handlung als Täter begehen zu können. Es ist daher der Begriff der Anstiftung auch zu einem Beamtendelikt nicht dadurch ausgeschlossen, daß derjenige, welcher den Beamten zu dem Beamtendelikt vorsätzlich bestimmt hat, seinerseits, weil er nicht selbst die Beamteneigenschaft besitzt, das Beamtendelikt als Täter nicht hätte begehen können."

Bei dieser Untersuchung sind die Amtsdelikte in eigentliche und uneigentliche zu scheiden, eine Scheidung, die dann besonders bei der Frage, wie der Anstifter zu bestrafen ist, sich als notwendig ergibt.

Die Teilnahme von Beamten am gemeinen Delikt wird nach den allgemeinen Grundsätzen gestraft; ein Beamter z. B., der zu einem Morde anstiftet, ist demnach als Anstifter zum Morde anzusehen, ohne daß seine Beamteneigenschaft von Belang ist. Stiftet dagegen ein Nichtbeamter einen Beamten zu einem Amtsdelikt — hier zu einem uneigentlichen — an, so macht er sich einmal, falls die Voraussetzungen des § 333 vorliegen, der aktiven Bestechung schuldig; ist er andererseits außerdem noch aus § 48 in Verbindung mit dem begangenen Delikt zu bestrafen?

Darüber herrscht ein recht lebhafter Streit.

Während die herrschende Ansicht die Frage bejaht, teilen sich ihre Gegner in zwei Gruppen:

v. Schwarze[2]) und Reiffel[3]) einerseits nehmen an, daß der § 333 einzig und allein anzuwenden sei, während bei Binding[4]) die aktive Bestechung der Anstiftung subsidiär ist, also in dieser prinzipiell aufgeht. Es ist nur der Anstifter zu strafen, wenn der Urheber der Bestechung sich in einen Anstifter zum Amtsdelikt verwandelt. Binding argumentiert folgendermaßen: Der Bestecher ist der intellektuelle Urheber geworden, und es absorbiert die für das zur Ausführung gelangte Delikt gesetzte Strafe die Strafe „für den Angriff auf die rechtsgetreue Gesinnung". Wäre es umgekehrt, wäre z. B. die aktive Bestechung schwerer zu bestrafen, so bestände Alternativität — d. h. die zwei Tatbestände verhalten sich wie zwei sich schneidende Kreise und es existieren für den beiden Kreisen angehörigen Tatbestand zwar mehrere Strafgesetze, jedoch kommt immer nur eins, und zwar das für den Täter ungünstigste, zur Anwendung[5]) — zwischen

[2]) v. Schwarze § 333[7].
[3]) Reiffel S. 196.
[4]) Binding, H. I 495, L. 72,4.
[5]) Binding, Hdb. S. 349.

beiden und es gälte die höhere Strafe der aktiven Bestechung. Es wäre dann „die Erzeugung des verbrecherischen Willens nur ein notwendiger Durchgangspunkt für den Willen des mittelbaren Täters in seiner Umsetzung in die Wirklichkeit“ [6]) und daher nicht als selbständiges Delikt aufzufassen.

Diese Auffassung führt dazu, von einer Unterscheidung in eigentliche und uneigentliche Amtsdelikte Abstand nehmen zu können, da es bei der Bestrafung immer auf das dem Täter ungünstigste Gesetz ankommt.

Reiffel[7]) verneint die Anwendbarkeit des § 48 bei den eigentlichen Amtsdelikten, denn er spricht in seiner Abhandlung von der Frage, ob § 48 neben § 333 Anwendung findet, nur von einem solchen, während er die uneigentlichen Amtsdelikte nicht anzieht.

Soll damit von Reiffel gemeint sein, daß der § 48 bei diesen immer Anwendung findet, oder ist es Zufall, daß er die Frage gerade an der Hand eines eigentlichen Amtsdeliktes als Beispiel behandelt, und das, was er bei den eigentlichen Amtsdelikten behandelt, auch als selbstverständlich bei den uneigentlichen angewendet wissen will. Reiffel gibt durchaus keine Handhabe, die zu der Annahme berechtigen könnte, daß der § 48 neben § 333 bei den uneigentlichen zur Anwendung zu kommen hätte, daher ist es m. E. lediglich ein Zufall, daß Reiffel gerade ein eigentliches Amtsdelikt herausgegriffen hat, so ist auch nach ihm in letzterem Falle der § 48 auszuschließen. Dafür spricht auch noch seine Auffassung des § 333 StGB. Jedenfalls ist Reiffel in dieser Hinsicht nicht deutlich.

Ganz anders hebt v. Schwarze[8]) die uneigentlichen Amtsdelikte hervor. Er läßt bei Anstiftung zu einem Amtsverbrechen — seiner Sprechweise nach — den spezielleren § 333 Anwendung finden, bei Anstiftung zu einem gemeinen — uneigentlichen — jedoch stets die Anstiftung und aktive Bestechung real konkurrieren. Hieraus ist ersichtlich, daß

[6]) Binding, L. II S. 710.
[7]) Reiffel S. 196.
[8]) v. Schwarze § 333[7].

nach v. Schwarze immer der Bestecher auch als Anstifter zu betrachten ist, warum es jedoch im letzteren Falle anders sein soll wie bei den Amtsverbrechen, entbehrt jeder Begründung.

M. E. ist die Stellungnahme Bindings einerseits und Reiffels und v. Schwarzes andererseits nicht richtig.

v. Schwarzes Ansicht ist deswegen nicht zu folgen, weil bei ihm der Anstifter, wenn er das Glück hat, einen Beamten zu einem Amtsverbrechen zu verleiten, nur aus § 333 zu strafen ist und daher besser gestellt ist als ein anderer, der einen Nichtbeamten verleitet. Das Unbillige dieser Konsequenz hat wohl auch v. Schwarze wahrscheinlich dazu bewogen, bei Bestechung zu gemeinen Delikten Realkonkurrenz zwischen Anstiftung zu diesen und § 333 eintreten zu lassen. Aus demselben Grunde ist auch Reiffels Argumentation zurückzuweisen. Es ist sicherlich nicht im Sinne des Gesetzes gedacht, den Anstifter zu den Amtsverbrechen als Bestecher geringer zu bestrafen als den Anstifter zu den anderen Verbrechen.

Wollte man Binding beipflichten, entfiele vollständig die Notwendigkeit der aktiven Bestechung in allen den Fällen, in denen die aktive Bestechung niedriger zu bestrafen ist als die Anstiftung zu dem betreffenden Delikt.

Es ist mithin der herrschenden Meinung bei den uneigentlichen Amtsverbrechen zu folgen, die die aktive Bestechung und die Anstiftung in Konkurrenz treten läßt[9]).

Bei der Strafabmessung ergibt sich jetzt eine neue Schwierigkeit, nach welchem Gesetz der Anstiftende zu beurteilen ist.

Da die Anstiftung akzessorischen Charakter hat, ist der Anstifter bei den eigentlichen wie uneigentlichen Amtsdelikten stets nach dem Gesetz zu beurteilen, das für den Amtsträger zur Anwendung kommt.

---

[9]) Birkmeyer S. 365; Hälschner II S. 1046; Meyer-Allfeld S. 550; Frank § 333,6; Oppenhoff § 333[16]; Rüdorff-St. § 332[6]; Alcalay S. 57.

Eine Verwirrung bringt jetzt § 50 StGB. hinein, der bestimmt:

Wenn das Gesetz die Strafbarkeit einer Handlung nach den persönlichen Eigenschaften oder Verhältnissen desjenigen, welcher dieselbe begangen hat, erhöht oder vermindert, so sind diese besonderen Tatumstände dem Täter oder Teilnehmer (. . . . Anstifter) zuzurechnen, bei welchem sie vorliegen. Die Anwendung dieses Paragraphen durchbricht die akzessorische Natur der Anstiftung[10]). Diese Durchbrechung der Akzessorität kommt besonders bei den uneigentlichen Amtsdelikten in Frage. Hier geht neben dem Amtsdelikt immer noch das zugrunde liegende Gemeindelikt nebenher. Nach welchem von beiden hat man sich bei der Strafbestimmung für den Anstiftenden zu richten? Gemäß der akzessorischen Natur der Anstiftung nach dem zur Anwendung gelangenden Amtsdelikt, will man § 50 folgen, nach dem zugrunde liegenden Gemeindelikt. M. E. schreibt der § 50 deutlich vor, daß in allen den Fällen, wo persönliche Eigenschaften und Verhältnisse mitspielen, er eben als Ausnahmevorschrift Geltung haben soll[11]). Allerdings bedeutet das eine Durchbrechung der Akzessorität der Anstiftung. So will Binding[12]) den Täter nach dem Beamtendelikt, den Anstifter nach dem in dem Beamtendelikt enthaltenen gemeinen Delikt bestraft wissen. Dieser Ansicht ist man gezwungen, beizutreten, wenn man die uneigentlichen Amtsdelikte wie die vorliegende Arbeit als qualifiziert gemeine Delikte auffaßt. Anders würde die Sache liegen, wollte man die uneigentlichen Amtsdelikte als delicta propria auffassen, dann wäre der Anstifter nach dem Sondergesetz zu strafen, da für solche Fälle der § 50 ausscheidet.

Hieraus folgt also, daß der Anstifter neben aus § 333 auch aus § 48 in Verbindung mit dem dem Beamtendelikt zugrunde liegenden Gemeindelikt zu strafen ist.

---

[10]) Olshausen § 50 Anm. 2 u. 4 Ia Vorbem. 8 zum 28. Abschnitt; Frank § 50 IV; Meves, H.-H. III 946 I; G.-S. S. 39,$_{217}$, L. II 413 IV u. V.

[11]) cf. § 3 der Arbeit.

[12]) Binding, G.-S. S. 64,$_{15}$.

§ 8.

Die Untersuchung gegenüber den eigentlichen Amtsdelikten.

Wie steht es mit der Anstiftung durch einen Nichtbeamten zu einem eigentlichen Amtsdelikt? Hat auch in diesem Falle der Nichtbeamte sich nach § 48 StGB. strafbar gemacht?

Binding verneint das für alle die Fälle, wo den Nichtbeamten eine geringere Strafe treffen würde als die im § 333 angedrohte, hier kann die Verschiedenheit der persönlichen Rechtsstellung der Teilnehmer nur als Strafzumessungsgrund wirken[1]). Reiffel[2]) dagegen schaltet den § 48 bei den eigentlichen Amtsverbrechen vollständig aus. Wäre § 48 anwendbar, müßte z. B. der Anstifter zur Richterbestechung Zuchthaus erhalten, während er nach § 333 auch Gefängnis erhalten könnte. Da hier § 48 ausschalten muß, weil § 334 die lex specialis ist, kann er auch bei allen übrigen eigentlichen Amtsdelikten keine Anwendung finden, da § 334 nur eine Qualifikation des § 333 darstellt. Es ist nämlich nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber lediglich für die Fälle der Richterbestechung den § 48 ausschließen wollte; es müßte ja sonst derjenige, der einen Beamten mit Erfolg besticht, von einer Anzeige abzustehen, nach § 346 Zuchthaus erhalten oder wenigstens einen Monat Gefängnis, während derjenige, der einen Richter mittels Geldes zur Rechtsbeugung bestimmt, gemäß § 334[2] nur mit Gefängnis von einem Tage bestraft werden könnte, eine Folgerung, die durchaus nicht dem Sinne des Gesetzes zu entsprechen scheint.

Ebenso läßt v. Schwarze[3]) bei Anstiftung zum Amtsverbrechen durch einen Nichtbeamten den § 48 ausscheiden und nur den § 333 Anwendung finden. Diese Ansicht von Binding, Reiffel und v. Schwarze entspricht m. E. durchaus

---

[1]) cf. § 7 der Arbeit.
[2]) Reiffel S. 196.
[3]) v. Schwarze 333[7].

nicht dem, was der Gesetzgeber beabsichtigt hat. Warum soll denn der verleitende Nichtbeamte in diesen Fällen geringer gestraft werden als der bestochene Beamte. Oppenhoff und andere[4]) nehmen im Gegensatz dazu eine extrane strafbare[5]) Teilnahme am Amtsverbrechen an.

Sie folgen damit der herrschenden Lehre, die auch bei den eigentlichen Amtsdelikten den § 48 für anwendbar erklärt. So hat auch das Preußische Obertribunal[6]) erklärt, daß bei einer von Erfolg begleiteten Bestechung zu § 346 — ein eigentliches Amtsdelikt — der § 48 anzuwenden sei. Ebendahin hat sich das Reichsgericht[7]) ausgesprochen unter folgender Begründung: Der § 48 verlangt lediglich, daß jemand durch seine Tätigkeit vorsätzlich eine strafbare Handlung verursacht hat, nicht aber, daß er auch diejenigen persönlichen Eigenschaften haben müsse, um die Tat auch als Täter begehen zu können. Es ist daher die Anstiftung zu § 346 durch einen Nichtbeamten möglich. Der herrschenden Meinung ist m. E. zu folgen.

Was nun die Frage anbelangt, welches Gesetz für den Anstifter zur Anwendung zu kommen habe, so bietet dies durchaus keine Schwierigkeit, denn wir haben es bei den eigentlichen Amtsdelikten ja immer bloß mit einem einzigen Gesetzesparagraphen zu tun. Hier geht kein gemeines Grunddelikt nebenher.

Der Bestecher ist immer neben § 333 aus § 48 in Verbindung mit dem begangenen Amtsdelikt, das ja ein delictum proprium ist, zu strafen[8]).

Somit haben wir gesehen, daß bei den uneigentlichen wie eigentlichen Amtsdelikten die Frage nach der Möglichkeit der Anstiftung durch einen Nichtbeamten zu bejahen ist und neben den § 333 immer der § 48 tritt.

---

[4]) Oppenhoff § 48[4]; Bauer, G.-S. 1856$_2$ S. 34ff., 42, 43; Bierling S. 339; Beling S. 420.

[5]) Köstlin erklärt die Teilnahme am Dienstverbrechen für straflos.

[6]) Pr. O.-T. 26 II 1885.

[7]) R.-G.-R. IV S. 599.

[8]) Schönfeld S. 51.

§ 9.

Idealkonkurrenz zwischen Anstiftung und Bestechung.

Es stehen also Anstiftung und Bestechung nebeneinander. Da sie einander nicht ausschließen, ist jetzt zu untersuchen, in welchem Verhältnis beide Paragraphen stehen.

Die gemeine Meinung[1]) nimmt fast durchweg das Vorliegen von Idealkonkurrenz an, während v. Schwarze[2]) die Realkonkurrenz für vorliegend erachtet.

Die Untersuchung, ob Real- oder Idealkonkurrenz zwischen der aktiven Bestechung und der Anstiftung zum Beamtendelikt vorliegt, ist davon abhängig, was man unter dem Handlungsbegriffe der §§ 73, 74 zu verstehen hat. Der § 73 spricht von „ein und derselben Handlung", § 74 von mehreren „selbständigen Handlungen".

Das StGB. selbst regelt den Begriff Handlung nicht. Es ist der Begriff „Handlung" im § 73 mit dem allgemeinen strafrechtlichen Handlungsbegriff nicht identisch. Wäre das der Fall, so würde das folgende Konsequenzen haben:

Es wäre dann unter Handlung der durch die Willensbetätigung herbeigeführte Erfolg zu verstehen, und es lägen, wenn zwei Erfolge erzielt würden, auch zwei Handlungen im strafrechtlichen Sinne vor. Ebenso sagt Binding[3]): „Die mehrmalige Realisierung desselben Tatbestandes oder die Realisierung der Tatbestände mehrerer Strafgesetze durch dieselben oder verschiedene Täter, ergibt den Begriff der Verbrechensmehrheit." Der Umstand, daß der Täter einmal, nicht mehrmals tätig war, kann nicht bewirken, daß die mehreren Delikte zu einem werden[4]). Dann würde man im Falle der Verbrechensmehrheit die Annahme einer Idealkonkurrenz ausschließen müssen. Somit ist die Identifizierung des Begriffes Handlung im Sinne des § 73 mit dem allgemein strafrechtlichen Handlungsbegriff abzulehnen.

[1]) Frank § 333[5]; Oppenhoff 333[10]; Meyer-A. S. 550; Hälschner II S. 1046; Rüdorff-St. 332,6; Alcalay S. 57; Birkmeyer S. 365.

[2]) v. Schwarze 333[7].

[3]) Binding, H. S. 525.

[4]) Hälschner I S. 672.

Die Überschrift des Abs. 5 Teil I StGB. spricht von einem Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen, und § 73 läßt diese Handlungsmehrheit durch ein und dieselbe Handlungsweise dargestellt werden. Dieser Widerspruch läßt sich nur dadurch erklären, daß § 73 unter Handlung etwas versteht, was weder durch die Mehrheit der verbrecherischen Entschlüsse, ohne die eine Verbrechensmehrheit nicht zu denken ist, noch durch die verbrecherischen Erfolge beeinträchtigt wird. Es wird somit eine bestimmt geartete Handlung unter Handlung im Sinne des § 73 zu verstehen sein. Diese bestimmt geartete Handlung liegt zwischen dem verbrecherischen Entschlusse und dem Erfolge. Sie stellt sich dar als der „zwischen Erfolg und Entschluß liegende Ausschnitt der strafrechtlichen Handlung, als die sinnlich wahrnehmbare Tätigkeit des Verbrechers[5]). Bei mehrmaligem Kausalwerden derselben Tätigkeit, d. h. bei Verwirklichung mehrerer deliktischer Tatbestände, ist die Anwendbarkeit des § 73 gegeben. Beim Vorliegen mehrerer deliktischer Tatbestände liegen dann mehrere strafrechtliche Handlungen vor bei sinnlich einheitlicher Tätigkeit. Dies wird von Meyer[6]) bekämpft, der eine Mehrheit von Handlungen hierbei nicht anerkennen will, obwohl er kurz vorher sagt, „daß, wenn ein und dieselbe Handlung mehrere Delikte enthält, ein wirkliches Zusammentreffen vorliegt". Das erklärt sich daher, daß er[7]) unter Handlung im strafrechtlichen Sinne nur die Tätigkeit versteht.

Man kann also in der Idealkonkurrenz sehr wohl Verbrechensmehrheit mit Identität der sinnlich wahrnehmbaren Tätigkeit sehen. Rüdorff[8]) erachtet bei Vorliegen nur eines Tätigkeitsaktes nie eine Mehrheit von selbständigen Delikten für möglich.

Es ist oben nachgewiesen, daß der Tatbestand der aktiven Bestechung gleichzeitig den Tatbestand der Anstiftung

[5]) Binding, H. S. 574.
[6]) Meyer-A. S. 353, 352.
[7]) Meyer-A. S. 116.
[8]) Rüdorff-St. § 73[3].

erfüllt. Jetzt handelt es sich darum, die sinnlich wahrnehmbare Tätigkeit des Täters festzustellen, um die Frage nach dem Vorliegen einer Ideal- oder Realkonkurrenz beantworten zu können. Bei der Anstiftung stellt sie sich als die Erregung des Deliktes bei dem Angestifteten dar, bei der aktiven Bestechung als das mit der Erregung des Deliktes verbundene Anbieten der Vergünstigung. Beide Handlungen erfolgen gleichzeitig. Es liegt somit Identität der sinnlich wahrnehmbaren Tätigkeit des Bestechers vor, und man kann daher von einer einheitlichen Handlung sprechen. Somit ist Ideal- und nicht Realkonkurrenz gegeben und damit der allgemeinen Meinung zu folgen. v. Schwarze nimmt also nicht richtig Realkonkurrenz an.

Damit ist der Teil der Arbeit beendet, der den Nachweis führt, daß es eine Anstiftung zu einem Amtsdelikt gibt, das zur Vollendung gekommen ist.

§ 10.

Das Verhältnis des § 333 zu § 49a.

Es bleibt jetzt nur noch übrig, zu untersuchen, wie sich die Sachlage gestaltet, wenn das Amtsdelikt nicht zur Ausführung gelangt. Es bestraft in einem solchen Falle der § 333 auch den erfolglosen Anstifter, wie wir oben[1]) gesehen haben, denn es ist zur Vollendung des Deliktes des § 333 nicht notwendig, daß sich der Beamte auch wirklich bestechen läßt; es ist somit schon das Hervorrufen des verbrecherischen Willens durch § 333 unter Strafe gestellt und nicht als erfolgloser Bestechungsversuch straflos. Gilt für solche Fälle wie der § 48 neben § 333 nun auch der § 49a neben § 333 — natürlich unter der Voraussetzung, daß das dem Beamten erfolglos Angesonnene außer der Amts- oder Dienstverletzung auch ein „Verbrechen“ ist, da § 49a nur für Verbrechen in Frage kommt —? Die Fassung des § 49a ist folgende:

[1]) cf. § 5.

Wer einen anderen zur Begehung eines Verbrechens oder zur Teilnahme an einem Verbrechen auffordert, ... wird, soweit nicht das Gesetz eine andere Strafe androht, ... bestraft.

Was bedeutet der § 49a gemäß seiner Stellung im RStGB.?

Will er bloß, wie zu schließen die Fassung des Paragraphen Anlaß gibt, subsidiäre Bedeutung haben, d. h. als Ergänzung dienen, oder ist seine Bedeutung eine weitgehendere?

Um dies zu beantworten, ist auf die Entstehungsgeschichte des § 49a einzugehen; sie ergibt, was der Gesetzgeber mit der nachträglichen Einfügung des Paragraphen — er ist durch Gesetz vom 26. Februar 1876 zugefügt — beabsichtigt hat.

Wie entstand § 49a, und was bezweckt er?

Der Belgier Duchesne erbot sich in einem Briefe an den Erzbischof von Paris, Bismarck zu ermorden. Dieses Anerbieten war erfolglos, bildete aber die Grundlage zu dem belgischen Gesetz vom 7. Juli 1875:

Loi contenant des dispositions pénales contre les offres ou propositions de commettre certains crimes.

Die Motive[2]) dazu schreiben folgendes:

Un fait qui s'est produit récemment a soulevé une indignation générale . . . .

Sie geben dann ihrer Verwunderung darüber Ausdruck, daß weder in der belgischen noch in der deutschen Strafgesetzgebung dieser besondere Fall, daß jemand einen anderen zu einem Delikt angestiftet, das dann nicht zur Ausführung kam, straflos bleibt. Um diese merkbare Lücke auszufüllen, sei das betreffende Gesetz ergangen.

Auf diesem belgischen Gesetz beruht der § 49a — der sogenannte Duchesneparagraph — des Deutschen RStGB.

Auch im deutschen Recht handelt es sich, wie die Motive deutlich erkennen lassen, um die Ausfüllung einer Lücke.

---

[2]) cf. Reiffel, G.-S. 42 S. 196ff.

„Wenn es zu den Aufgaben der Strafgesetzgebung gehört, die Sicherheit der Staatsangehörigen, soweit es durch Strafen tunlich ist, zu verbürgen, so erscheint es geboten, den Gefahren entgegenzutreten, welche dem einzelnen für seine Person und sein Eigentum die Straflosigkeit der mißlungenen Anstiftung und des Erbietens zur Begehung von Verbrechen bereitet."

Gerade der § 49a ist nicht als ein willkürliches Ausnahmegesetz[3]), vielmehr als die vollkommene Ausfüllung einer Gesetzeslücke anzusehen. Denn während es in leichteren Fällen dahingehen kann, daß die erfolglose Anstiftung straflos bleibt, so ist dieser Standpunkt bei Verbrechen unhaltbar, wenn auch hier die Anstiftung, die nicht die Begehung des Verbrechens im Gefolge hatte, ohne Strafe sein sollte.

Somit bildet § 49 die Ausfüllung einer Gesetzeslücke. Das Gesetz kennzeichnet das durch die Fassung . . . . der § 49a . . . . findet Anwendung, soweit das Gesetz nicht eine andere Strafe androht. Ob dies der Gesetzgeber beabsichtigt hat oder ob er dem Paragraphen eine allgemeine Geltung verschaffen wollte, darüber herrscht lebhafter Streit. Besonders führt diese Frage zu erheblichen Schwierigkeiten bei den im Besonderen Teil des RStGB. aufgenommenen Bestimmungen, die die erfolglose Aufforderung zur Begehung eines Deliktes bestrafen. Wie verhält sich hierzu der § 49a?

Nach den Motiven hätte in diesen Fällen § 49a wegzufallen, denn es hat ja das Gesetz bereits selbst eine besondere Strafe vorgeschrieben. Solche Bestimmungen sind die §§ 85, 110—112, 333. Die einen nehmen hier Gesetzeskonkurrenz — Spezialität und Subsidiarität —, die anderen Idealkonkurrenz an.

Bei den §§ 85, 110—112 sei Spezialität gegeben gegenüber § 49a[4]), bei § 333 liege Idealkonkurrenz[5]) vor.

---

[3]) Geyer, H.-H. IV S. 143.

[4]) Olshausen § 49a; Oppenhoff § 49a[2]; Rüdorff-St. § 49a[2]; R.-G.-E. III S. 390; IX S. 261; XII S. 54.

[5]) IX S. 263; XII S. 56; cf. Haeger S. 56ff.

Das Reichsgericht argumentiert etwa folgendermaßen: „Bei § 49a gegenüber §§ 85, 110—112 decken sich die Tatbestände der Paragraphen, und daher derogiert der speziellere Paragraph den allgemeinen. Anders liegt die Sache bei § 49a und § 333, wo beide Tatbestände verschieden sind, indem bei § 333 es sich um die Verletzung einer Amts- oder Dienstpflicht handelt, während bei § 49a die Aufforderung zu einem Verbrechen in Frage steht.

Das ist richtig, daß nicht jede Verletzung ein Verbrechen und umgekehrt nicht jedes von einem Beamten begangene Verbrechen eine Verletzung der Amts- oder Dienstpflicht enthält. Liegt eine solche vor, so kann sie erstens disziplinarisch, zweitens strafrechtlich geahndet werden, und in dem letzten Falle muß sie sich entweder als Verbrechen oder Vergehen oder Übertretung darstellen. Welche von diesen Möglichkeiten aber im konkreten Falle vorliegt, darauf kommt es dem Gesetzgeber gar nicht an, ausschlaggebend ist nur, ob eine Verletzung der Amts- oder Dienstpflicht als solche überhaupt gegeben ist. „Der Versuch, die pflichtgemäße Amtsausübung durch den Angriff auf die Integrität des Beamten zu beeinträchtigen, soll bestraft werden und eben, weil es für den Tatbestand des § 333 völlig gleichgültig ist, ob sich der Beamte durch Verletzung seiner Amtspflicht überdies einer Straftat schuldig macht, würde die in der Aufforderung eines Beamten etwa in der Richtung auf Verübung der Straftat liegende Beeinflussung desselben im § 333 nicht besonders berücksichtigt, sondern im Einklang mit dem allgemeinen Prinzip des StGB. die erfolglose Anstiftung zu einer Straftat straflos zu lassen, gleichfalls nicht unter Strafe gestellt. Sofern daher vor Inkrafttreten des § 49a in der Aufforderung eines Beamten zur Verletzung seiner Amtspflicht zugleich die Aufforderung zur Begehung eines Verbrechens zu finden war, erschien dieser rechtliche Gesichtspunkt nicht als eine besondere Gesetzesverletzung, aber nicht etwa deshalb, weil er in der Aufforderung zur Verletzung der Amtspflicht aufgegangen und von dieser tatbeständlich absorbiert worden wäre, sondern weil er über-

haupt nach dem damaligen Stande der Gesetzgebung, von welchem § 333 nicht abweichen wollte, straflos erschien. . . . Daher ist die in der Aufforderung zur Unterlassung der Anzeige neben der Aufforderung, die beschworene Amtspflicht zu verletzen, notwendig zugleich enthaltene Aufforderung, das Verbrechen des § 346 zu begehen, ein für die Anwendbarkeit des § 333 überflüssiger Gesichtspunkt, der kein Tatbestandsmerkmal des § 333, wohl aber des § 49a ist." Also decken sich die beiden Tatbestände nicht, und daher kann von einem Ausschluß des einen Gesetzes durch das andere keine Rede sein.

Folglich treten sie beide in Idealkonkurrenz.

Andere[6]) wieder fassen § 49a als subsidiär dem § 333 gegenüber auf, da das Gesetz ja ausdrücklich bestimmt: der § 49a wolle nur insoweit Anwendung finden, als das Gesetz nicht eine andere Strafe androhe. Gerade in der Fassung sieht Köhler[7]) einen Fall der ausdrücklich ausgesprochenen Subsidiarität als gegeben an.

Daher kann nach ihrer Ansicht mit keinem anderen Delikt, das eine Aufforderung zur Begehung eines Verbrechens darstelle, eine Konkurrenz stattfinden.

Alle diejenigen, die Idealkonkurrenz annehmen, interpretieren in den § 49a etwas hinein, was ihm ganz fremd ist[8]). „Es heißt nicht im § 49a, soweit . . . . dafür androht, daß die Aufforderung ein Verbrechen zum Gegenstand hat, auch läßt sich nicht ohne weiteres hinzusetzen: der Umstand, daß das Gesetz eine andere Strafe androht, bleibt unberücksichtigt, wenn das eine andere Strafe androhende Gesetz die gleiche Strafe androht auch für Fälle, in welchen die strafbare Aufforderung nicht auf Begehung eines Verbrechens gerichtet war[8])."

M. E. argumentiert Köhler durchaus richtig, wenn er sich dagegen sträubt, in § 49a etwas hineinzulegen, was

[6]) Binding, H. S. 356[4]; Frank § 49a II; Köhler S. 68; Meyer S. 653[38]; Hälschner II S. 1016; Reiffel, G.-S. S. 52, 193, R.-G.-E. IX S. 261; XII S. 54.

[7]) Köhler S. 68.

[8]) Köhler S. 69.

gar nicht darin enthalten ist. Spezialität scheidet völlig aus, da der § 49a deutlich bestimmt, „soweit nicht das Gesetz eine andere Strafe vorschreibt". Das Gesetz will eben ausdrücklich bestimmen, daß in solchen Fällen ausschließlich derjenige Paragraph, der schon an und für sich das Verbrechen bestraft, angezogen werden soll, der § 49a nur subsidiäre Geltung haben solle.

So bleibt jetzt nur noch übrig, sich darüber schlüssig zu werden, was zur Anwendung zu kommen hat, ob Idealkonkurrenz oder Gesetzeskonkurrenz (Subsidiarität).

M. E. ist die Argumentation des Reichsgerichts nicht richtig, wenigstens insoweit, als es daraus, daß die Tatbestände der §§ 333 und 49a sich nicht decken, sogleich folgert, es muß Idealkonkurrenz vorliegen. Es übersieht da ganz die Fassung des § 49a und macht die oben angeführten Zusätze, die man nicht machen kann. Mithin kann § 49a gegenüber den Bestimmungen, die die erfolglose Aufforderung zur Begehung eines Deliktes unter Strafe stellen, die §§ 85, 110—112, 333, nie im Verhältnis von Idealkonkurrenz stehen, es kann nur Gesetzeskonkurrenz — Subsidiarität vorliegen.

Es ist jetzt angebracht, einiges über die Gesetzeskonkurrenz zu sagen, um damit gleichzeitig darzulegen, daß die Subsidiarität ein Teil der Gesetzeskonkurrenz[9]) ist.

Im Strafgesetzbuch selbst findet sich keine gesetzliche Bestimmung, die die Gesetzeskonkurrenz regelt.

Die Gesetzeskonkurrenz fällt nicht, wie v. Buri[10]) annimmt, unter § 73. Dieser Paragraph trifft die Fälle, in denen ein und dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze verletzt, und damit trifft er auch scheinbar die Gesetzeskonkurrenz. Aber aus folgendem Grund ist das nicht anzunehmen. Dann wäre im Falle der Gesetzeskonkurrenz immer das schwerste Gesetz nach § 73 anzuwenden, während gerade sehr oft das mildere zur Anwendung kommen soll. Außerdem setzt § 73 eine Tat voraus, bei welcher mehrere Qualifikationen, und

[9]) Haeger, S. 56, faßt sie als Teil der Idealkonkurrenz auf.
[10]) v. Buri S. 105.

nicht eine Qualifikation, hinsichtlich welcher mehrere Strafgesetze zusammentreffen[11]). Somit ist es nicht richtig, anzunehmen, es habe die Gesetzeskonkurrenz in § 73 ihre Regelung gefunden. Es präsentieren sich bei ihr zwei gesetzliche Tatbestände, und es schließt die Anwendbarkeit des einen die Anwendung des anderen aus. Ein solcher Fall, bei dem die Handlung nur scheinbar unter mehrere Gesetze fällt, weil die Anwendung des einen die der anderen ausschließt, ist gegeben in den Fällen der Spezialität, Subsidiarität und der Konsumtion[12]). Bei ersterer stellt man sich auf den Standpunkt des weiteren Tatbestandes und hebt den engeren aus dem Normalfall heraus, bei der Subsidiarität auf den Standpunkt des engeren Tatbestandes, der hier gleichsam die Grundlage für die Betrachtung der Verhältnisse ist. Unbedingte Voraussetzung ist, daß von zwei gesetzlichen Tatbeständen einer in dem anderen mitenthalten ist. Bei der Konsumtion bildet entweder das eine Delikt ein begrifflich notwendiges Durchgangsstadium für ein anderes oder eine spätere Handlung ist lediglich Teiläußerung einer Schuld, die schon zum Tatbestand eines voraufgehenden Deliktes gehört. Jetzt findet nur ein Gesetz Anwendung. Beide gleichzeitig anzuwenden, widerspräche dem Satze: „ne bis in idem". Eine einheitliche Form für den Willen des Gesetzes, von zwei gleichzeitig vorliegenden Tatbeständen den einen hinter den anderen zurücktreten zu lassen, findet sich nicht. Bald bringt es ausdrücklich seinen dahingehenden Willen zum Ausdruck, wie z. B. bei § 49a im Fall der Subsidiarität — bald stillschweigend wie bei der Spezialität.

Die Subsidiarität ist also ein Fall der Gesetzeskonkurrenz und nicht eine Unterart der Idealkonkurrenz[13]).

Ein Fall der sogenannten ausdrücklichen Subsidiarität ist der § 49a. Er hat daher überall da auszuscheiden, wo die Aufforderung zu einem Verbrechen mit Strafe bereits belegt ist.

---

[11]) Hälschner I S. 682; Merkel, H.-H. IV S. 226.

[12]) Frank § 72 VII 2c.

[13]) Haeger S. 56.

Das hiermit gefundene Ergebnis ist ein befriedigendes, denn man legt den § 49a so aus, wie er wirklich lautet, und macht keinerlei Zusätze, die nicht darin enthalten sind.

Wollte man wie das Reichsgericht Idealkonkurrenz annehmen, so hätte der § 49a als das schwerere Gesetz gemäß § 73 immer zur Anwendung zu kommen. Es würde dann § 333 ganz ausscheiden. Das widerspricht m. E. dem Sinne des Gesetzes[14]).

Allerdings ist es streitig, ob die Strafandrohung des § 49a die schwerere ist. Das Reichsgericht schwankt bezüglich der Frage, ob das Maximum bezüglich der Strafe entscheidend sei oder das Minimum[15]). Im ersteren Fall wäre § 333, im letzteren § 49a der schwerere. M. E. hat das den Richter bindende Minimum den Ausschlag zu geben. Dann wäre § 49a immer der schwerere, und es hätte für die leichtesten Fälle der erfolglosen Bestechung die Geldstrafe gänzlich auszuscheiden. Das widerspricht dem Gesetzessinne.

Somit ist es recht befriedigend, wenn man annimmt, daß § 49a nur eine subsidiäre Strafandrohung enthält, und die besonderen Vorschriften des StGB., wie § 85 usw., insbesondere der hier in Betracht kommende § 333, sollen bestehen bleiben und die Anwendbarkeit des § 49a ausschließen.

---

[14]) Rathmann, G.-S. S. 56, geht zu weit, wenn er annimmt, es läge dort überhaupt keine Konkurrenz vor, wo das Gesetz ausdrücklich bestimmt, soweit nicht eine andere Strafe im Gesetz angedroht ist, weil doch immerhin zwei gesetzliche Tatbestände gegeben sind, welche auf den konkreten Fall angewendet werden können.

[15]) R.-G.-R. IV S. 19, VII S. 256; R.-G.-E. III S. 390, IV S. 218; R. VII S. 276.

Lebenslauf.

Am 6. April 1890 bin ich, Conrad Knobloch, in Breslau geboren. Ich bin der Sohn des Kaufmanns Anton Knobloch und seiner Ehefrau Bertha, geb. Wecker. Ich bin Preuße und evangelischer Konfession.

Meine Schulbildung habe ich auf dem Elisabeth-Gymnasium zu Breslau erhalten, an dem ich Michaelis 1908 die Reifeprüfung bestand. Ich studierte sechs Semester Rechts- und Staatswissenschaft, und zwar mein erstes Semester in Breslau, mein zweites in Lausanne, die weiteren vier in Breslau, wo ich am 15. Dezember 1911 die erste juristische Staatsprüfung bestand. Am 21. Juni 1912 bestand ich vor der Hohen Juristischen Fakultät der Universität Breslau die mündliche Doktorprüfung. Seit dem 2. Januar 1912 bin ich bei dem Königlichen Amtsgericht in Nimptsch i. Schles. im Vorbereitungsdienst beschäftigt.